

Tribuna abierta

Pandemia y teoría de la recomendación y la responsabilidad

POR Emilio Olabarria



En la actual situación hay un dilema: o el levantamiento del estado de alarma constituye una verdadera irresponsabilidad o la administración de justicia, si se va a erigir en protectora de la salud, debe trascender sus resoluciones al ámbito colectivo asumiendo criterios médico-epidemiológicos

DESDE que algunos jueces han cambiado la toga por una bata blanca, las medidas de contención de la pandemia que, afectando a derechos fundamentales, encontraban su fundamento en el estado de alarma se han convertido, decaído este, en recomendaciones y apelaciones a la responsabilidad (cierres perimetrales, toques de queda, horarios, reuniones, etc.)

Se ha observado que la apelación a la responsabilidad cuando se dirige a sectores no menores de la sociedad, seguidores de la pseudociencia los más listos, de teorías conspirativas introducidas en la red por verdaderos trastornados, apologetas de la libertad para la libación de bebidas alcohólicas y cipotes cuya única fuente nutriente de intelectualidad son las letras del reguetón, esa invocación a la responsabilidad equivale a silbar una balada.

La cuestión plantea una preocupación intensa, cuando las medidas de control epidemiológicas empezaban a resultar eficaces, su remoción en ocasiones anteriores ha provocado una nueva ola de contagios. Los que manejan algoritmos vinculados al control de la pandemia ya especulan con una nueva ola, la quinta, sexta o el ordinal que corresponda.

Plantea el levantamiento del estado de alarma otros problemas no menores. La dispersión de criterios de las salas de lo contencioso-administrativo de los distintos tribunales superiores de justicia provoca que en unas comunidades exista un mayor nivel de protección que en otras. Parece producirse una paradoja difícil de comprender, un poder del Estado, el judicial, está provocando una vulneración del principio de igualdad ante la ley y la relativización del derecho a la salud y a la vida.

El derecho a la vida proclamado por el artículo 15 de la Constitución en la jurisprudencia constitucional se concibe como un derecho que supone una obligación tanto negativa como positiva, es decir, por una parte, el derecho a no ser privado de la vida -a que nadie me mate- y, por otra, el derecho a recibir al menos lo mínimo indispensable para sobrevivir y en este contexto, cuidado sanitario y vida están estrechamente vinculados y, por tanto, el derecho a la protección

de la salud forma parte del contenido esencial del derecho a la vida.

La igualdad bajo la ley, igualdad ante los ojos de la ley o igualdad jurídica es el principio que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley (principio de isonomía), y que estén sujetas a las mismas leyes de justicia. No parece muy coherente con el principio anterior la posibilidad de normas epidemiológicas coherentes en Baleares y Valencia y la prohibición de las mismas en Euskadi; la apelación a la responsabilidad es un oxímoron.

Por otra parte, si la responsabilidad ciudadana fuera optimizable hasta límites absolutos, nos encontramos con curiosos problemas ontológicos, entre los que figura la propia legitimidad de la existencia del Estado y de la norma.

Existe en términos académicos una apelación inicial a criterios tradicionales como justificación ética del ejercicio personal del

poder. Max Weber utilizaba tres tipos de legitimidad junto con la legitimación carismática (los subordinados aceptan el poder basándose en la santidad, heroísmo o ejemplaridad de quien lo ejerce) y la legitimación racional (los subordinados aceptan el poder de acuerdo con motivaciones objetivas e impersonales), convirtiéndola prácticamente en sinónimo de legalidad.

En cuanto a la norma jurídica debe derivar de su carácter legítimo. Los requisitos que ha de cumplir una norma jurídica para ser legítima son tres: validez, justicia, y eficacia. Esta legitimidad se subdivide en dos: legitimidad formal y material. La formal se entiende como el correcto proceder de los órganos estatales con respecto a todos los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. La legitimidad material es aquel consenso (reconocimiento) del pueblo creado en aprobación de la ley creada o de la actuación gubernamental.

Levantando el estado de alarma y sustituyendo

yéndolo como pretendida novedad por un recurso de casación ante el Tribunal Supremo pero que existe desde el 14 de septiembre de 1882 (no parece una medida particularmente novedosa) se provoca una erosión de tal magnitud en el ejercicio de los poderes del Estado, en un ámbito tan relevante como la protección de la salud, que tendremos tiempo de analizar según lo que acontezca la propia legitimidad del Estado y la división de poderes.

El poder judicial es la facultad estatal que permite la administración de justicia a través de la aplicación de las leyes. De este modo, el Estado resuelve litigios, protege los derechos de los ciudadanos y hace cumplir las obligaciones y responsabilidades inherentes a cada parte de la sociedad. Entre los elementos que constituyen la identidad del poder judicial se encuentra el de proteger los derechos de los ciudadanos, también el de la salud y el de la vida.

Las medidas de protección de la salud colectiva pueden lesionar las libertades y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española (CE). Podemos afirmar que la imposición de tratamientos médicos forzosos entra en contradicción con el derecho a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15.1 de la CE, que la hospitalización obligatoria menoscaba la libertad personal garantizada por el artículo



17 de la CE, derecho a la libertad y a la seguridad; lo mismo se puede afirmar del derecho a la libertad de circulación y de residencia que contempla el artículo 19 de la CE; del derecho a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la CE; de la protección de la intimidad (artículo 18.1); especialmente en su vertiente de derecho a la intimidad corporal y por proyección en el supuesto de que epidemias o pandemias limitaran significativamente el derecho a la participación en asuntos públicos previsto en el artículo 23 de la CE. Y todas estas medidas han sido avaladas judicialmente por los órganos judiciales.

Pero a pesar de lo anterior no todas estas prácticas poseen una habilitación autonómica suficiente ni en la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi y el Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdieí Aurregiteko Bidea-Labi.

La actuación judicial se ha caracterizado por adoptar medidas ablatórias que afectan a alguna o algunas personas pero no han avalado medidas relativas a toda la colectividad. Lo anterior plantea un dilema: o el levantamiento del estado de alarma constituye una verdadera irresponsabilidad o la administración de justicia, si se va a erigir en protectora de la salud, debe trascender sus resoluciones al ámbito colectivo asumiendo criterios médico-epidemiológicos. ●